

Zur Aufnahme von Arbeitnehmern an Universitäten und in rechnungshof- geprüften Unternehmen

Christoph Wolf, Wien

Übersicht:

- I. Ausschreibung an Universitäten – allgemein
- II. Ausschreibung an Universitäten – Universitätsprofessoren
- III. Die Auswahl von Universitätsprofessoren
 - A. Die Berufungskommission
 - B. Der Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen
- IV. Ausschreibung bei Unternehmen, die der Kontrolle des Rechnungshofs unterliegen
- V. Rechtsfolgen bei Unterlassung
 - A. Rahmenbedingungen
 - B. Stimmen im Schrifttum
 - C. Die Judikatur des OGH
 - 1. zum UG 2002
 - 2. zum StbG
- VI. Auswertung, Kritik und Lösungsansatz

I. Ausschreibung an Universitäten – allgemein

Gem § 22 UG 2002 wird eine Universität von ihrem Rektorat geleitet und nach außen hin vertreten. In § 23 UG 2002 sind die von der Rektorin oder vom Rektor wahrzunehmenden Aufgaben aufgelistet, wobei in Abs 1 Z 9 leg cit ausdrücklich der Abschluss von Arbeits- und Werkverträgen genannt wird. Die Kompetenz zum Abschluss dieser Verträge kann die Rektorin oder der Rektor jedoch delegieren, denn § 28 UG 2002 räumt ihr oder ihm das Recht ein, unter Beachtung der vom Rektorat erlassenen Richtlinien festzulegen, welche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Universität Rechtsgeschäfte in deren Namen abschließen dürfen. Derartige Bevollmächtigungen müssen im Mitteilungsblatt der Universität verlautbart werden.

Unter Bezugnahme auf diese Regelungen hat die Judikatur bereits klargestellt, dass die Änderung eines Arbeitsvertrags auf Arbeitgeberseite nur von einer in einer jeglichen Zweifel ausschließenden Weise von der Universität dazu betrauten Person vorgenommen werden darf.¹⁾ Das Entstehen betrieblicher Übungen wird dadurch in der Praxis erschwert, denn ein allfälliges schlüssiges

1) OLG Wien 26. 3. 2008, 7 Ra 9/08g.

Vertragsänderungsangebot muss auf den Rektor rückführbar sein. Es reicht nicht aus, dass ein Organisationsleiter den Anschein erweckt, die Universität verpflichtet zu wollen.²⁾

Alle zur Besetzung offenen Stellen sind vom Rektorat öffentlich auszusprechen (§ 107 Abs 1 UG 2002). Die Ausschreibung hat bei Stellen für das wissenschaftliche und künstlerische Personal international, zumindest EU-weit, zu erfolgen. Keiner Ausschreibung bedarf die Besetzung von Stellen, die ausschließlich für Aufgaben in der Lehre und mit geringem Stundenausmaß (Lehrauftrag) vorgesehen sind sowie von Stellen für zeitlich befristete Drittmittelprojekte, denen ein qualifiziertes Auswahlverfahren vorangegangen ist, wenn die Bestimmung des Geldgebers dem nicht entgegenstehen (§ 107 Abs 2 UG 2002). Schließlich verlangt § 107 Abs 3 UG 2002, dass die Rektorin oder der Rektor einen Vorschlag der Leiterin oder des Leiters der Organisationseinheit und der oder des unmittelbaren Vorgesetzten, der oder dem die zu besetzende Stelle zugeordnet ist, einzuholen hat. Zumindest sind diese Führungskräfte anzuhören (§ 107 Abs 3 UG 2002). Arbeitsverträge für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die entweder aus zweckgebundenen Mitteln der Forschungsförderung oder im Rahmen von Drittmittelprojekten gem § 27 Abs 1 Z 3 UG 2002 finanziert werden, darf die Rektorin oder der Rektor nur auf Vorschlag der oder des unmittelbaren Vorgesetzten abschließen (§ 107 Abs 4 UG 2002).

II. Ausschreibung an Universitäten – Universitätsprofessoren

Ein wesentlich aufwendigeres Verfahren sieht das UG 2002 beim Abschluss von Arbeitsverträgen mit Universitätsprofessoren vor, da mehrere Universitätsorgane beteiligt sind, die zusammenwirken müssen.

Zunächst ist wesentlich, dass die fachliche Widmung einer unbefristet oder länger als drei Jahre befristet zu besetzenden Stelle einer Universitätsprofessorin oder eines Universitätsprofessors im Entwicklungsplan festzulegen ist (§ 98 Abs 1 UG 2002).

Die Durchführung der Ausschreibung ist für Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren in § 107 Abs 5 UG 2002 iVm § 98 Abs 2 UG 2002 bzw § 99 Abs 1 UG 2002 nur im Detail abweichend von der Regelung des § 107 Abs 1 UG 2002 geregelt. Nicht auf den ersten Blick ersichtlich ist, warum sich der Gesetzgeber nicht mit einem Verweis auf § 107 Abs 1 UG 2002 begnügt hat, der eine Verpflichtung zur Ausschreibung ohnehin für *alle* zur Besetzung offenstehenden Stellen vorsieht, womit auch Universitätsprofessoren erfasst wären. Die im Detail unterschiedliche Formulierung der Ausschreibungsverpflichtung war augenscheinlich nicht der Grund für eine eigenständige Regelung für Professoren in § 98 Abs 2 UG 2002: Während für Professoren die Ausschreibung im In- und Ausland zu erfolgen hat, wird für alle anderen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler eine internationale, zumindest EU-weite, Ausschreibung verlangt. Nimmt man diese Unterscheidung wörtlich, dann genügt bei Professoren die Veröffentlichung im Inland und in einem weiteren Staat, während nach der

2) Schrammel in Mayer (Hrsg), Kommentar zum Universitätsgesetz 2002² (2010) § 107 IV.2.

allgemeinen Regelung die Ausschreibung EU-weit vorgenommen werden muss. Die Entstehungsgeschichte der Regelungen erklärt den Unterschied: In der Stammfassung bestand nur für Professoren die Verpflichtung zur Ausschreibung im In- und Ausland, während für alle anderen Arbeitnehmer eine Ausschreibung im Inland ausreichend war. Erst mit der Novelle BGBl I 2009/81 wurde die Ausschreibungspflicht für alle Arbeitnehmer auf die gesamte EU ausgedehnt, eine sprachliche Anpassung an die Bestimmung für Professoren wurde allerdings nicht vorgenommen. Ungeachtet dessen wird aber wohl auch für Universitätsprofessoren eine EU-weite Ausschreibung erforderlich sein.

Schrammel hat darauf hingewiesen, dass § 98 Abs 2 Satz 1 UG 2002 weitgehend überflüssig zu sein scheint, wenn sich die generelle, alle Stellen umfassende Ausschreibungsverpflichtung ohnehin aus § 107 Abs 1 UG 2002 ergibt.³⁾ Dies sei aber nicht der Fall, da sich die Ausschreibungsverpflichtung des § 107 Abs 1 UG 2002 nur auf alle auf Dauer bzw auf längere Zeit eingerichtete Stellen beziehen soll, die auch im Entwicklungsplan der Universität ausgewiesen sind. Professorenstellen sind demgegenüber gem § 98 Abs 2 UG 2002 auch dann auszuscheiden, wenn sie bis maximal drei Jahre eingerichtet sind (und daher ihre fachliche Widmung nicht im Entwicklungsplan festgelegt werden muss). Begründet wird diese Auffassung damit, dass mit § 107 Abs 1 UG 2002 ausweislich der Materialien der bisherige Rechtszustand beibehalten werden sollte, der die Ausschreibungsverpflichtung (§ 20 UOG 1993) nur auf sogenannte „Planstellen“ bezog. Daher waren die „Stellen“ eines Gastprofessors, eines Lehrbeauftragten und eines Studienassistenten nicht auszuscheiden.⁴⁾ Vorübergehend eingerichtete Arbeitsplätze können daher auch nach dem UG 2002 – so sie nicht als Professoren-Arbeitsplätze eingerichtet sind – ohne Ausschreibung vergeben werden. Andernfalls müsse man auch die Arbeitsverträge mit Gastprofessoren ausschreiben, die von der Universität für bestimmte Zeit (semesterweise) eingeladen werden. Es erschiene ihm absurd, wenn von einem Gast verlangt werden würde, er möge sich um die Einladung im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens bewerben.⁵⁾ Diese Kritik ist durchaus berechtigt, jedoch scheint § 107 Abs 1 UG 2002 diese nicht zu berücksichtigen. Der Wortlaut spricht eindeutig davon, dass *alle* zur Besetzung offenen Stellen auszuscheiden sind. Es wird nicht zwischen befristeten und unbefristeten Stellen unterschieden. In systematischer Hinsicht ist auch wesentlich, dass Ausnahmen im § 107 Abs 2 UG 2002 fixiert wurden, so dass kaum angenommen werden kann, dass auch (kurze) befristete Stellen ausgenommen sein sollen, obwohl es dem Gesetzgeber ein Leichtes gewesen wäre, diese Stellen in den Ausnahmekatalog aufzunehmen. Die Gesetzesmaterialien deuten ebenfalls nicht zwingend in die von *Schrammel* aus guten Gründen gewünschte Richtung: Einerseits „sollen wie bisher grundsätzlich alle offenen Stellen an Universitäten ausgeschrieben werden“, andererseits soll „lediglich bei Lehraufträgen [...] sowie bei aus Drittmitteln finanzierten Forschungsprojekten [...] von einer Ausschreibung abgesehen werden“. Auch erscheint mir § 98 Abs 2 Satz 1 UG 2002 nicht überflüssig zu sein, denn er dient der Klarstellung: Ohne ausdrückliche Aufnah-

3) *Schrammel* in *Mayer*, Kommentar UG² § 107 III.1.

4) Vgl *Bast* (Hrsg), UOG 1993 (Universitäts-Organisationsgesetz)² (1998) § 20 Anm 7.

5) *Schrammel* in *Mayer*, Kommentar UG² § 107 III.1.

me einer Verpflichtung zur Ausschreibung auch der Professorinnen- und Professorenstellen in § 98 UG 2002 könnte argumentiert werden, dass § 98 UG 2002 die Aufnahme von Professorinnen und Professoren als *lex specialis* zu § 107 UG 2002 abschließend regelt und daher bei Professorinnen und Professoren eine Ausschreibung gar nicht erforderlich ist. Im Ergebnis wird man daher zu der Auffassung gelangen müssen, dass die entgeltliche Beschäftigung von Gastprofessoren/Gastforschern ohne Ausschreibung über Drittmittel finanziert werden muss, sofern der Gesetzgeber künftig den Ausnahmekatalog nicht erweitert.

III. Die Auswahl von Universitätsprofessoren

A. Die Berufungskommission

Bei Verträgen, die länger als fünf Jahre dauern sollen, ist gem § 98 Abs 3 UG 2002 iVm § 99 Abs 1 Satz 1 UG 2002 eine entscheidungsbevollmächtigte Berufungskommission durch den Senat einzusetzen, in der die Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren mehr als die Hälfte der Mitglieder und die Studierenden mindestens ein Mitglied zu stellen haben (§ 98 Abs 4 UG 2002). Gem § 98 Abs 3 UG 2002 sind mindestens zwei Gutachterinnen oder Gutachter zu bestellen, wobei mindestens eine bzw einer extern sein muss. Ihre Bestellung erfolgt auf Vorschlag der Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren des Fachbereichs durch die im Senat vertretenen Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren, wobei die Senatsmitglieder diese Aufgabe auch an die Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren des Fachbereichs und des fachlich nahestehenden Bereiches übertragen können. Die Rektorin oder der Rektor hat das Recht, einen weiteren Gutachter zu bestellen. Die Berufungskommission hat zunächst zu überprüfen, ob die vorliegenden Bewerbungen die Ausschreibungskriterien erfüllen und jene Bewerbungen, die die Ausschreibungskriterien offensichtlich nicht erfüllen, auszuschneiden. Die übrigen Bewerbungen sind den Gutachterinnen oder Gutachtern zu übermitteln, welche die Eignung der Bewerberinnen und Bewerber für die ausgeschriebene Stelle zu beurteilen haben (§ 98 Abs 5 UG 2002). Den Kandidatinnen und Kandidaten ist Gelegenheit zu geben, sich zumindest dem Fachbereich und dem fachlich nahestehenden Bereich in angemessener Weise zu präsentieren (§ 98 Abs 6 UG 2002). Aufgrund der Gutachten und Stellungnahmen erstellt die Berufungskommission einen begründeten Besetzungsvorschlag, der die drei für die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle am besten geeigneten Kandidatinnen und Kandidaten zu enthalten hat. Ein Vorschlag mit weniger als drei Kandidatinnen und Kandidaten ist besonders zu begründen (§ 98 Abs 7 UG 2002). Der Besetzungsvorschlag ist dem Rektor zu übermitteln, der die Auswahlentscheidung entweder aus diesem Besetzungsvorschlag zu treffen oder ihn an die Berufungskommission zurückzuverweisen hat, wenn dieser nicht die am besten geeigneten Kandidaten enthält. Bei der Auswahl aus dem Besetzungsvorschlag ist der Rektor weder an die Reihung noch an die Begründung der Berufungskommission gebunden. Dieses Verfahren zeigt, dass der Gesetzgeber das Konzept der Selbstergänzung der Professoren des jeweiligen Faches verfolgt, da der Rektor (der ja in der Regel nicht aus demselben Fach stammen wird) an den Dreivorschlag

der Berufungskommission gebunden ist und in dieser die Professoren jedenfalls die Mehrheit inne haben. Eine wesentliche Kontrollfunktion mit weitreichenden Befugnissen übt der Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen aus, auf die im Folgenden näher eingegangen wird.

B. Der Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen

Gem § 42 Abs 1 UG 2002 ist in jeder Universität vom Senat ein Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen (AKG) einzurichten, dessen Aufgabe es ist, Diskriminierungen durch Universitätsorgane aufgrund des Geschlechts sowie aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung entgegenzuwirken und die Angehörigen und Organe der Universitäten in diesen Angelegenheiten zu beraten und zu unterstützen. Gem § 42 Abs 8 UG kann der AKG im Fall der Annahme, dass die Entscheidung eines Universitätsorgans eine Diskriminierung von Personen aufgrund ihres Geschlechts oder aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder sexuellen Orientierung darstellt, innerhalb von drei Wochen die Schiedskommission anrufen. Erhebt der AKG eine diesbezügliche Beschwerde, ist die Vollziehung (der Entscheidung des Universitätsorgans) bis zur Entscheidung der Schiedskommission unzulässig (§ 42 Abs 9 UG 2002).

In Zusammenhang mit der Aufnahme von Arbeitnehmern kommen dem AKG zunächst weitreichende Informationsrechte zu: Gem § 42 Abs 6 UG sind dem AKG unverzüglich alle Ausschreibungstexte für die Besetzung von Stellen und Funktionen *vor* erfolgter Ausschreibung zur Kenntnis zu bringen. Der AKG kann innerhalb von zwei Wochen zu ihm übermittelten Ausschreibungen Stellung nehmen. Bereits in dieser Phase des Verfahrens kann der AKG die Schiedskommission anrufen. Ferner sind dem AKG die Liste der eingelangten Bewerbungen sowie die Liste der zu Aufnahmegesprächen eingeladenen Bewerberinnen und Bewerber zur Verfügung zu stellen.

Gleichzeitig mit dem Betriebsrat ist der AKG in weiterer Folge gem § 42 Abs 7 UG 2002 vom Rektorat darüber in Kenntnis zu setzen, mit welcher Bewerberin oder mit welchem Bewerber ein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden soll. Daraus folgt, dass nach der Mitteilung des Rektors an den AKG, mit wem der Arbeitsvertrag abgeschlossen werden soll, die dreiwöchige Beschwerdefrist bei der Schiedskommission abgewartet werden muss. Der Rektor darf den Arbeitsvertrag in weiterer Folge erst dann abschließen, wenn die Beschwerdefrist abgelaufen ist oder im Falle einer Beschwerdeerhebung das Verfahren vor der Schiedskommission negativ beendet wurde. Arbeitsverträge, die ohne vorherige Verständigung des AKG oder vor Ablauf der dreiwöchigen Frist abgeschlossen werden, sind unwirksam. Klarzustellen ist, dass sich die Befugnis des AKG im Rahmen dieses Verfahrens nicht auf den Inhalt des Arbeitsvertrags bezieht, sondern es allein um die Personalauswahl geht, die damit einer starken Vorabkontrolle durch den AKG unterliegt. Keine Vorabkontrollfunktion hat der AKG bezüglich des Inhalts des mit dem ausgewählten Bewerber abgeschlossenen Arbeitsvertrags. Dies erkennt man auch daran, dass weder der Inhalt des

Arbeitsvertrags noch die für den Vertragsabschluss notwendige Willenserklärung des Rektors eine „Entscheidung eines Universitätsorgans“ iSd § 42 Abs 8 UG 2002 ist, sondern das Ergebnis von Vertragsverhandlungen. Ein derartiges Verständnis wäre auch nicht vom Wortlaut gedeckt, denn Entscheidungen iS dieser Bestimmung sind etwa Bescheide, Verordnungen, Weisungen etc. Dies bedeutet, dass die Auswahlentscheidung nur innerhalb der dreiwöchigen Frist nach Mitteilung an den AKG mittels Beschwerde an die Schiedskommission bekämpft werden kann, eine weitere fristauslösende „Entscheidung eines Universitätsorgans“ ist in diesem Zusammenhang nicht vorgesehen.

Für das Berufungsverfahren von Professoren sieht das UG 2002 auch im Zusammenhang mit der Mitwirkung des AKG eine besondere Regelung vor: Die Rektorin oder der Rektor hat vor Aufnahme von Berufungsverhandlungen gem § 98 Abs 9 UG seine Auswahlentscheidung dem AKG bekannt zu geben. Der AKG hat das Recht, innerhalb von zwei Wochen Beschwerde an die Schiedskommission zu erheben, die mit Bescheid zu entscheiden hat. Weist die Schiedskommission die Beschwerde ab, kann der Rektor die Berufungsverhandlungen aufnehmen. Gibt die Schiedskommission der Beschwerde statt, wird die Auswahlentscheidung unwirksam. Eine neue Auswahlentscheidung ist unter Beachtung der von der Schiedskommission vertretenen Rechtsanschauung zu treffen.

Vor diesem Hintergrund ist das Verhältnis von § 42 Abs 7 und Abs 8 UG 2002 zu § 98 Abs 9 UG 2002 zu beleuchten. Die systematische und teleologische Auslegung dieser Bestimmungen führt zu dem Ergebnis, dass im Rahmen eines Berufungsverfahrens ausschließlich der § 98 Abs 9 UG 2002 zur Anwendung gelangt und diese Spezialbestimmung § 42 UG 2002 verdrängt: § 42 Abs 7 und § 98 Abs 9 UG 2002 haben einen identen Regelungsinhalt, nämlich die Mitteilung der Auswahlentscheidung der Rektorin oder des Rektors an den AKG vor Abschluss eines Arbeitsvertrags. Unterschiedlich sind nur die Fristen für die Erhebung einer Beschwerde – beim Professor zwei Wochen, bei allen anderen Arbeitnehmern drei Wochen. In der ursprünglichen Fassung des UG 2002 war in § 42 Abs 8 UG ebenfalls eine zweiwöchige Frist für die Erhebung einer Beschwerde an die Schiedskommission vorgesehen. Mit der Novelle 2009 wurde die Frist für die Anrufung der Schiedskommission bei Verdacht auf Diskriminierung von zwei auf drei Wochen verlängert, da sich gezeigt hat, dass die zweiwöchige Frist in vielen Fällen für eine fundierte Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt nicht ausreichend ist.⁶⁾ Dies war offenbar im Rahmen der Berufungsverfahren nicht der Fall. Dies überrascht auch nicht, da der AKG sich bereits auf Basis des Vorschlags der Berufungskommission anhand der vorliegenden Gutachten mit den drei noch in Betracht kommenden Bewerbern und deren Reihung auseinandergesetzt hat. Zu überprüfen ist nur mehr der Fall, dass der Rektor von der Reihung der Berufungskommission abweicht und etwa anstatt der erstgereihten Frau den drittgereihten Mann nimmt. In derartigen oder gleichgelagerten Fällen eine mögliche Diskriminierung zu erkennen, scheint binnen zwei Wochen möglich zu sein. Es bestand daher keine Notwendigkeit, auch die Frist im Rahmen von Berufungsverfahren von zwei auf drei Wochen anzupassen. Ist die Auswahl-

6) ErläutRV 225 BlgNR 24. GP 17.

entscheidung schließlich getroffen, ist es nicht mehr erforderlich, im Fall einer Einigung mit dem Bewerber den AKG noch einmal darüber zu verständigen, dass nun ein Arbeitsvertrag abgeschlossen werden soll.

IV. Ausschreibung bei Unternehmen, die der Kontrolle des Rechnungshofs unterliegen

Nicht nur das UG 2002 sieht die Verpflichtung vor, eine öffentliche Ausschreibung vorzunehmen, sondern diese sind auch nach dem *Bundesgesetz über Transparenz bei der Stellenbesetzung im staatsnahen Unternehmensbereich* (Stellenbesetzungsgesetz [StbG])⁷⁾ verpflichtend. Dieses verlangt, dass der Bestellung von Mitgliedern des Leitungsorgans (Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer) von Unternehmungen mit eigener Rechtspersönlichkeit, die der Kontrolle des Rechnungshofs unterliegen, eine öffentliche Ausschreibung voranzugehen hat (§ 1 iVm § 2 StbG). Hervorzuheben ist, dass die Ausschreibung jene besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten zu enthalten hat, die in Hinblick auf die Erfüllung der mit der ausgeschriebenen Stelle verbundenen Aufgaben von den Bewerbern erwartet werden. Maßstab für die Besetzung der Stelle ist ausschließlich die Eignung der Bewerber (§ 4 Abs 1 StbG). Die Eignung ist insbesondere aufgrund fachlicher Vorbildung und bisheriger Berufserfahrung der Bewerber, ihrer Fähigkeit zur Menschenführung, ihrer organisatorischen Fähigkeiten und ihrer persönlichen Zuverlässigkeit festzustellen. Wenn internationale Erfahrungen für die betreffende Stelle erforderlich sind, ist darauf besonders Bedacht zu nehmen (§ 4 Abs 2 StbG). Die Ausschreibung ist im Amtsblatt zur Wiener Zeitung sowie zumindest in einer weiteren bundesweit verbreiteten Tageszeitung zu veröffentlichen (§ 2 Abs 4 StbG). Eine Ausschreibung im Ausland bzw EU-weit wird nicht verlangt. Nähere Regelungen, vergleichbar mit der Kandidatenauswahl bei Universitätsprofessoren, kennt das StbG ebenfalls nicht, insbesondere findet man keine Regelungen, wer die Eignung der Kandidaten prüfen soll bzw in welchem Verfahren die Auswahl erfolgen soll. Dies ist meines Erachtens aber auch nicht erforderlich, da diese Fragen vom Gesellschaftsrecht bzw der Verfassung der einzelnen Gesellschaftsformen beantwortet werden. Es genügt also die Verpflichtung zur Ausschreibung.⁸⁾

Zum Zweck der Ausschreibungsverpflichtung hat der OGH die Überlegung angestellt, wonach es sich beim StbG um ein Selbstbindungsgesetz des Bundes handeln würde, da Verhaltenspflichten des Bundes geregelt werden würden.⁹⁾ Selbstbindende Normen im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung seien ein Katalog von Verhaltenspflichten für die öffentliche Hand, von denen im Fall öffentlicher Bekanntgabe oder allgemeiner Zugänglichkeit jedermann weiß, dass die Verwaltungsorgane diese Verpflichtungen einzuhalten haben. Daraus leitet der Gerichtshof ab, dass – vergleichbar mit den Vergabegesetzen – die Ausschreibung dem Schutz des Bewerbers dient. Begründet wird diese Auffassung

7) BGBl I 1998/26 idF BGBl I 2012/35.

8) *Schima*, Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) Rz 19.

9) OGH 30. 9. 2009, 7 Ob119/09i GesRz 2010, 112 (*Holoubek*).

damit, dass es bei der Missachtung dieser Selbstbindungsnormen zu einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots/Diskriminierungsverbots kommen würde, werden doch Interessenten, die auf eine gesetzeskonforme Ausschreibung vertrauen dürfen, daran gehindert, sich rechtzeitig zu bewerben. *Schima* hat dazu bereits angemerkt, dass das Verhaltensgebot nicht die Gebietskörperschaften als solche treffe, sondern das zur Bestellung zuständige Organ.¹⁰⁾

Das StbG sieht keine Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht vor. Es verwundert daher nicht, dass im Schrifttum in diesem Zusammenhang bereits ausführlich Grenzfälle diskutiert wurden, bei denen eine Ausschreibungsverpflichtung nicht von allen als sinnvoll erachtet wird. Insbesondere wurde besprochen, ob bei der Verlängerung eines befristet bestellten Geschäftsführers einer GmbH oder bei der Verlängerung (der ex lege zwingend befristeten) Vorstandsmandate von Aktiengesellschaften erneut eine Ausschreibung vorgenommen werden muss.

Eiselsberg/Prohaska-Marchried vertreten dazu die Ansicht, dass jedem Bestellsungsakt für den die Ausschreibungspflicht besteht, gleichgültig, welchem Organ oder Gremium er obliegt, und gleichgültig, ob es sich um eine neue Bestellung oder um eine Wiederbestellung handelt, eine Ausschreibung voranzugehen hat. Dabei beziehen sich diese Autoren auf Punkt 1 des dem StbG zu Grunde liegenden „5-Punkte-Programms“ des damaligen Bundeskanzlers Mag. Viktor Klima, welcher lautet: „lückenlose öffentliche Ausschreibung aller Geschäftsführer- und Vorstandsfunktionen“.¹¹⁾

Mazal ist der Auffassung, dass eine Ausschreibung dann nicht erforderlich ist, wenn zwar eine Besetzung auf Basis einer Ausschreibung erfolgt ist, die Position jedoch so kurzfristig wieder vakant wird, dass die Voraussetzungen, unter welchen die ursprüngliche Ausschreibung erfolgt ist, nach wie vor aktuell sind. Dies sei dann der Fall, wenn die neuerliche Ausschreibung mit demselben Inhalt erfolgen könnte wie die ursprüngliche, und es keinen sonstigen Anhaltspunkt dafür gibt, dass sich die Bewerbungslage aus Sicht eines potenziellen Bewerbers verändert hätte. In einer solchen Situation sind die zu besetzende Position und ihr gesellschaftsrechtliches sowie betriebswirtschaftliches Umfeld unverändert, sodass eine neuerliche Ausschreibung nicht sinnvoll wäre.¹²⁾

Zouplna/Wildmoser sehen den Zweck des StbG zusammenfassend darin, dass die Leitungsfunktion jener Unternehmungen, die dem StbG unterliegen, mit dem geeignetsten Personen besetzt und unsachliche Motive bei der Stellenbesetzung (insbesondere parteipolitische) vermieden werden sollen. Das zu bestellende Mitglied soll die erforderliche Eignung für die konkret ausgeschriebene Leitungsfunktion zum Zeitpunkt der Ausschreibung und zum Zeitpunkt der tatsächlichen organschaftlichen Bestellung aufweisen. Aus diesem Grund hat der

10) *Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat Rz 20.

11) *Eiselsberg/Prohaska-Marchried*, Von transparenten Besetzungen und Vertragsschablonen – das Stellenbesetzungsgesetz, *ecolex* 1998, 319 (319); s auch *Zouplna/Wildmoser*, Öffentliche Ausschreibung bei der Wiederbestellung von Organmitgliedern? *GeS* 2008, 353 (354).

12) *Mazal*, (K)eine Regel ohne Ausnahmen? *ecolex*, 843 [845]; zustimmend *Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat Rz 22; s auch *Zouplna/Wildmoser*, *GeS* 2008, 354.

Besetzung einer neuen Stelle sowie einer freiwerdenden Stelle ein Ausschreibungsverfahren voranzugehen. Hingegen verlange weder der Wortlaut noch der Telos der Bestimmungen des StbG ein solches Ausschreibungsverfahren im Fall der Wiederbestellung.¹³⁾ Diese Meinung wird auch damit begründet, dass gerade im Fall der Wiederbestellung keine neue Stelle frei wird und ebenso wenig eine neue Stelle besetzt wird. Das bereits tätige Organmitglied soll seine Funktion weiterhin ausüben.¹⁴⁾

Meines Erachtens ist es vertretbar, nicht am Wortlaut des Gesetzes zu kleben, wenn aufgrund des Sachverhalts klar ist, dass ohnehin die geeignetste Person gefunden und bestellt wurde und damit dem Gesetzeszweck – siehe dazu sogleich – entsprechend Rechnung getragen ist. Insofern ist die vermittelnde Position von *Mazal* überzeugend, da sie ohne Zweifel mit dem objektiven Gesetzeszweck vereinbar ist. Demgegenüber ist die Auffassung von *Zouplna/Wildmoser* weniger überzeugend, wenn man den Gesetzeszweck nicht völlig außer Acht lässt. Diese beiden Autoren vertreten – siehe oben – die Auffassung, dass bei Wiederbestellungen generell eine Ausschreibung nicht erforderlich ist. Sie übersehen dabei das zeitliche Element einer Wiederbestellung: Es ist evident, dass es bei einer Wiederbestellung zB nach fünf Jahren nicht undenkbar ist, dass ein besser geeigneter Bewerber zur Verfügung steht, der vor fünf Jahren noch nicht in Betracht kam.

V. Rechtsfolgen bei Unterlassung

A. Rahmenbedingungen

In der Praxis führen sowohl die Universitäten als auch die rechnungshofgeprüften Unternehmen die ihnen obliegenden Ausschreibungen vor der Besetzung von offenen Stellen idR durch. Dies aber nicht lückenlos, sodass sich die Frage der Rechtsfolgen einer unterlassenen Ausschreibung in der Praxis auch tatsächlich stellt. Klar ist, dass sich der jeweilige Arbeitgeber bzw die zuständigen Organe im Falle der Unterlassung rechtswidrig verhält bzw verhalten. Fraglich ist aber das rechtliche Schicksal der ohne eine Ausschreibung abgeschlossenen Verträge. Allgemein gilt, dass gem § 879 Abs 1 ABGB ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist. Dies ist jedoch nicht stets der Fall. Wenig Probleme bereiten jene Fälle, in denen das Gesetz selbst die Nichtigkeitsfolge anordnet.¹⁵⁾ In allen anderen Fällen muss erst unter Abwägung aller Umstände untersucht werden, ob der Verbotszweck des Gesetzes die Ungültigkeit verlangt.¹⁶⁾ Absolut nichtig sind nur Geschäfte, die gegen Gesetze verstoßen, die dem Schutz von Allgemeininteressen, der öffentli-

13) *Zouplna/Wildmoser*, GeS 2008, 355.

14) *Zouplna/Wildmoser*, GeS 2008, 354.

15) Siehe aber zum UG 2002 *Löschnigg*, Anm zu OGH 25. 11. 2011, 9 ObA 76/11h, DRdA 2013, 39.

16) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 175.

chen Ordnung und Sicherheit dienen.¹⁷⁾ Diese Nichtigkeit ist von Amts wegen aufzugreifen.¹⁸⁾

B. Stimmen im Schrifttum

An diese von der Judikatur seit Jahrzehnten entwickelte Differenzierung knüpft *Schrammel* für den Bereich der Universitäten an, der vor diesem Hintergrund wie folgt unterscheidet: Eine Missachtung des Berufungsverfahrens für dauernd bestellte Professoren müsse die Nichtigkeit des Arbeitsvertrags nach sich ziehen. Ebenso müssen jene Arbeitsverträge rechtsunwirksam sein, welche die Rektorin oder der Rektor nur mit Zustimmung bestimmter Personen abschließen darf (§ 107 Abs 4 UG). Die Verletzung bloßer Vorschlags- oder Anhörungsrechte führen dagegen nicht zur Nichtigkeit, da diese Verträge von der Rektorin oder vom Rektor auch gegen den Willen dieser Berechtigten durchgesetzt werden können (§ 107 Abs 3 UG). Hinsichtlich der Verletzung der Ausschreibungspflicht führt *Schrammel* aus, dass das in diesem Zusammenhang bestehende Allgemeininteresse nicht so stringent sei, dass Verstöße gegen die Ausschreibungspflicht automatisch die Nichtigkeit des Vertrages nach sich ziehen würden. Für *Schrammel* scheint wesentlich zu sein, dass § 107 UG 2002 die Ausschreibungspflicht auf alle Stellen ungeachtet ihrer Bedeutung für die Allgemeinheit bezieht. Arbeitsverträge mit Personen, die ohne vorhergehende Ausschreibung abgeschlossen wurden, blieben daher wirksam. *Schöberl* vertritt ebenfalls die Auffassung, dass das vom Gesetzgeber gewollte Gebot der Transparenz nicht derart stark zu gewichten sei, dass ein Arbeitsvertrag, der ohne vorhergehende Ausschreibung der Stelle abgeschlossen wird, nichtig ist.¹⁹⁾

Auch zum StbG wird vertreten, dass ein Verstoß gegen die Ausschreibungsverpflichtung nicht die Unwirksamkeit der Bestellung zur Folge hat.²⁰⁾ Anknüpfend daran, dass dies bereits schon für die Vorgängerregelung, dem AusschreibungsG 1982²¹⁾, galt, vertritt *Schima* die Auffassung, dass es mit dem Regelungszweck des StbG allein nicht zu rechtfertigen wäre, die Bestellung als rechtsunwirksam zu qualifizieren, wenn ihr keine Ausschreibung vorangegangen ist. Dies mit dem Argument, dass das Unterbleiben einer Ausschreibung keineswegs bedeuten muss, dass nicht der geeignetste Bewerber genommen wurde.

17) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 181; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000)§ 879 Rz 248.

18) *Krejci* in *Rummel* I³ § 879 Rz 248.

19) *Schöberl* in *Pfeil* (Hrsg), Personalrecht der Universitäten (2010) § 107 UG Rz 5.

20) *Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat Rz 25; *Eiselsberg/Prohaska-Marchried*, *ecolex* 1998, 320 f; *Zouplna/C. Wildmoser*, *GeS* 2008, 355.

21) *Schima*, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat Rz 25 unter Hinweis auf die damals hM; *Hodig*, Verstöße gegen das Ausschreibungsgesetz und das Gesellschaftsrecht, *RdW* 1984, 362; *Jud/Wünsch*, Zum Anwendungsbereich des Ausschreibungsgesetzes, *NZ* 1994, 25.

C. Die Judikatur des OGH

1. zum UG 2002

a.) In seiner ersten Entscheidung vom 14. 10. 2008, 8 ObA 1/08t, führte der Verstoß gegen die verpflichtende Ausschreibung einer unbefristeten Stelle eines Universitätsprofessors zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrags:²²⁾ Streitgegenständlich war das Dienstverhältnis eines Professors für Malerei an einer Universität für Musik und darstellende Kunst, dessen arbeitsrechtliche Beziehung zur Universität in drei Phasen unterteilt war: In der ersten Phase (1. 10. 1993 bis 30. 9. 2000) war er jeweils für ein Studienjahr befristet zum Gastprofessor gem Kunsthochschul-Organisationsgesetz bestellt. In der zweiten Phase (1. 10. 2000 bis 30. 9. 2005) war er im Rahmen einer fünfjährig befristeten Vertragsprofessur (nach § 57 VBG 1948) angestellt. Der Ablauf dieser Befristung wurde ihm bereits von der ausgegliederten Universität im Anwendungsbereich des UG 2002 mitgeteilt. Die dritte Phase begann am 1. 10. 2005 mit dem Antritt einer laut Ausschreibungstext auf zwei Jahre befristeten Universitätsprofessur nach UG 2002. Dem Arbeitnehmer wurde trotz seines Hinweises, dass er sich sowieso bereits in einem unbefristeten Dienstverhältnis sehe, ein Arbeitsvertrag ausgefolgt, in dem unter anderem festgehalten war, dass das Arbeitsverhältnis am 30. 9. 2007 endet. Dieser wurde vom Arbeitnehmer nicht unterschrieben, dennoch nahm er ab 1. 10. 2005 seine Unterrichtstätigkeit auf und wurde diese auch von der Universität entgegengenommen. Mangels unterschriebenen Arbeitsvertrags leistete die Universität keine Entgeltzahlungen, sodass sie vom Arbeitnehmer urgirt wurde. Dem Aufforderungsschreiben folgend brachte die Universität das Entgelt für Oktober 2005 zur Ausweisung und wies darauf hin, dass die Zahlung des Gehaltes unter Aufrechterhaltung der Bedingung erfolge, dass das Arbeitsverhältnis bis zum 30. 9. 2007 befristet sei. Der Aufforderung, den ausgefolgten Arbeitsvertrag zu unterschreiben, begegnete der Künstler mit der Erklärung, dass er die Befristung bis 30. 9. 2007 nicht akzeptiere. Der Universität riss in weiterer Folge der Geduldssaden und sie begehrte die gerichtliche Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis auf zwei Jahre befristet sei und zum 30. 9. 2007 ende. Das Erstgericht gab der Klage statt, das OLG Linz ändert die Entscheidung in einer Klagsabweisung ab. Der OGH nahm die außerordentliche Revision an und kam zu dem Ergebnis, dass überhaupt kein Arbeitsvertrag zustande gekommen ist: Nach § 109 UG 2002 dürfen Arbeitsverhältnisse auf höchstens sechs Jahre befristet werden.²³⁾ Die gem § 126 Abs 4 UG 2002 übergeleitete fünfjährig befristete Vertragsprofessur (noch) nach dem VBG 1948 war auf diese maximale Befristungsdauer anzurechnen, da im Falle ihrer Verlängerung das neue Dauerrecht, und somit auch § 109 Abs 2 UG 2002 über die mehrmalige Befristung aufeinanderfolgender Arbeitsverhältnisse, anzuwenden ist.²⁴⁾ Daraus folgte, dass nur mehr der Abschluss eines unbefristeten Professorenvertrags möglich war. Eine solche Stelle war aber nicht ausgeschrieben. Ausgeschrieben war nur eine auf zwei Jahre befristete Stelle im Mitteilungsblatt der Universität. Das ordentliche Beru-

22) DRdA 2010/23 (Löschnigg).

23) Siehe zu den Ausnahmen § 109 Abs 2 UOG 2002.

24) OGH 25. 6. 2007, 9 ObA 139/06s.

fungsverfahren gem § 98 UG 2002 unterblieb ebenfalls. Daran anknüpfend kam der OGH zu dem Ergebnis, dass die Missachtung des Berufungsverfahrens für dauerbestellte Professoren die Nichtigkeit des Arbeitsvertrags nach sich ziehen muss. Begründet wird dies mit der oben dargestellten Auffassung von *Schrammel* und ergänzend damit, dass der Rektor im Rahmen des Gutachterverfahrens an den Dreivorschlag der Berufungskommission insofern gebunden ist, als er diesen nur an die Kommission zurückverweisen kann.

b) In seiner Entscheidung vom 25. 11. 2011, 9 *ObA 76/11h*²⁵⁾, hatte sich der OGH mit einem Vertragsassistenten zu beschäftigen, dessen Arbeitsverhältnis zunächst dreimal (im Zeitraum vom 15. 5. 2000 bis 14. 5. 2006) befristet war. Für die Überleitung in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis erfüllte er die Voraussetzungen nicht. Seine Stelle wurde daher erneut befristet für die Zeit vom 11. 7. 2006 bis 10. 7. 2010 ausgeschrieben. Der Arbeitnehmer bekam sie erneut, da sich auch nach der zweiten Ausschreibung keine Frau beworben hatte. Im Jahr 2010 wurde die Stelle erneut ausgeschrieben. Der Arbeitnehmer bewarb sich jedoch nicht, weil er der Ansicht war, ohnehin in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zu stehen. Er begehrte daher gerichtlich die Feststellung, dass sein mit Arbeitsvertrag vom 12. 5. 2000 begründetes und zuletzt mit befristeten Arbeitsvertrag vom 11. 7. 2006 verlängertes Dienstverhältnis über den 10. 7. 2010 hinaus unbefristet aufrecht fortbestehe. Er vertrat zusammengefasst den Standpunkt, dass bereits die Befristung vom 22. 4. 2004 unzulässig gewesen sei, da mehrmalige unmittelbar aufeinander folgende befristete Verträge gem § 109 Abs 1 UG 2002 unzulässig seien. Durch die letzte Befristung im Jahr 2006 sei auch die höchstzulässige Befristungsdauer von sechs Jahren nach § 109 UG 2002 überschritten worden. Der OGH folgte dieser Argumentation und kam wenig überraschend zu dem Ergebnis, dass die Aneinanderreihung dieser befristeten Dienstverhältnisse gem § 109 Abs 2 UG 2002 als unzulässig zu beurteilen und der Vertrag des Klägers als unbefristet anzusehen ist. Allerdings berief sich die Universität darauf, dass gem § 107 Abs 1 UG 2002 eine Ausschreibung unterblieben ist. Der OGH griff dieses Argument auf und hob hervor, dass die Verpflichtung zur Stellenausschreibung an Universitäten zwar eine hohe Qualität der Lehrenden und Forschenden sicherstellen soll und grundsätzlich auch für wissenschaftliche Mitarbeiter im Forschungs- und Lehrbetrieb zu wünschen ist. Allerdings würden die Allgemeininteressen bei all diesen Stellen nicht in gleicher Weise wie bei Universitätsprofessoren ausgeprägt sein. Während ihr Tätigkeitsprofil mit der „Mitarbeit“ an der Erfüllung der Aufgaben der Universität in Forschung und Lehre im jeweiligen Fach umschrieben ist, sind Professoren für die Forschung und Lehre verantwortlich (§ 100 UG 2002 bzw § 98 UG 2002). Nur letztere unterliegen aufgrund der Bedeutung der Position dem Berufungsverfahren nach § 98 UG 2002 mit den Eckpunkten eines Gutachterverfahrens, eines Dreivorschlags der Berufungskommission und der Bindung der Auswahlentscheidung des Rektors an diesen. Überdies können Universitätsprofessorinnen und Universitätsprofessoren ihre Lehrbefugnis auch noch nach der Versetzung in den Ruhestand ausüben (§ 104 Abs 2 UG 2002). Diese Erwägungen haben aber zur Folge, dass beim Kläger – an-

25) DRdA 2013/5 (Löschnigg).

ders als bei der Bestellung eines Universitätsprofessors – ein Verstoß gegen das Ausschreibungsgebot nicht mit der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zu sanktionieren ist.

2. zum StbG

Auch zur Unterlassung einer Ausschreibung nach dem StbG wurde eine Entscheidung veröffentlicht. In der Entscheidung des OGH vom 26. 4. 2011, 8 ObA 1/11x, waren die Bestellung des Intendanten des Salzburger Festspielfonds und auch eine Neufassung des Anstellungsvertrags der Präsidentin streitgegenständig. Diese Personen waren bereits zuvor dreimal ohne vorangehende Ausschreibung bestellt worden. Man war nämlich der Ansicht, dass beide Positionen nicht vom Anwendungsbereich des StbG erfasst seien. Ein graduerter und mit Berufserfahrung ausgestatteter Kulturmanager begehrte gerichtlich die Position des Präsidenten sowie des künstlerischen Leiters nach den Bestimmungen des StbG öffentlich auszuschreiben. Der OGH teilte letztendlich diese Position nicht. Er ließ zwar die Frage offen, ob das StbG überhaupt anwendbar ist, wollte diese Frage aber nicht klären, da das Klagebegehren die Unwirksamkeit – also die Nichtigkeit – der bereits erfolgten Bestellungen voraussetzt, was er aber verneinte. Der OGH knüpfte an die Professoren-Entscheidung (14. 10. 2008, 8 ObA 1/08t) an, dass abgeschlossene Verträge bei bloßen Verstößen gegen das Gebot der Ausschreibung dieser Stellen anders als bei der Verletzung von Bestimmungen eines Berufungsverfahrens, welches exklusive Vorschlagsrechte vorsieht, nicht nichtig sind.

VI. Auswertung, Kritik und Lösungsansatz

Im Bereich der Universitäten war für das vom OGH erzielte Ergebnis – Nichtigkeit des Arbeitsvertrags mit dem Universitätsprofessor – nicht die „bloße“ Missachtung des Gebotes der Ausschreibung dieser Stelle ausschlaggebend, sondern der Verstoß gegen die im UG 2002 vorgesehene Verpflichtung zur Einhaltung der zwingenden Mitwirkungsregeln der Universitätsorgane im oben beschriebenen Berufungsverfahren. Diese Gedanken fortsetzend hat der OGH bei wissenschaftlichen Mitarbeitern im Forschungs- und Lehrbetrieb, die in der Universitätshierarchie unter den Professoren stehen, konsequenterweise die Ansicht vertreten, dass eine Verletzung der Pflicht zur Stellenausschreibung (iSd § 107 Abs 1 UG 2002) nicht zur Unwirksamkeit ihres Dienstvertrags führt. Dieses Ergebnis war deswegen indiziert und passte zur Vorentscheidung, da bei diesen Bedienstetengruppen im Zuge der Ausschreibung keine wesentlichen Mitwirkungsrechte diverser Universitätsorgane vorgesehen sind. Im Ergebnis unterteilt der OGH die Wissenschaftler der Universitäten in die Professoren und alle anderen Wissenschaftler, die er im Ergebnis als für die Universität als weniger wichtig ansieht. Diese Reihung nach Wichtigkeit ist dem Wortlaut des UG 2002 zwar nicht zu entnehmen, lässt sich aber unter systematischen Gesichtspunkten daraus ableiten, dass es bei Professoren ein komplexes Auswahlverfahren einschließlich externer Begutachtung gibt. Dieses Verfahren dient dazu, die Reputa-

tion der Universität und des Professorenstandes zu schützen und Qualitätsstandards zu sichern.²⁶⁾

Diese Wertung hat der OGH auch auf die Unterlassung einer nach dem StbG gebotenen Ausschreibung übertragen. Diese Lösung überrascht dann doch ein wenig, da es im Anwendungsbereich dieses Gesetzes um die Auswahl der obersten Leitungsorgane geht, die die Unternehmerrolle auszuüben haben und rechtlich der Gesellschaft umfassend verantwortlich sind. Sie sind insofern im Hinblick auf ihre hierarchische Stellung mindestens mit den Universitätsprofessoren vergleichbar, bei denen die Nichtigkeit im öffentlichen Interesse erforderlich ist.²⁷⁾ Nun kann man dagegen einwenden, dass das Auswahlverfahren, also die Entscheidung, welcher Bewerber zum Zuge kommt, im Gesellschaftsrecht geregelt ist. Daher konnte dies weder im StbG geregelt werden noch war dies vom Gesetzgeber so gewollt. Auch im Bereich des UG 2002 ist keine Rede davon, dass bei Professoren die Nichtigkeitsfolge eintreten würde, wenn man keine Ausschreibung durchführen würde, das Auswahlverfahren aber sonst gesetzeskonform erledigt.²⁸⁾ Folgt man diesen Überlegungen, dann muss man aber konsequenterweise zu dem Ergebnis kommen, dass der Gesetzgeber mit den Verpflichtungen zur Ausschreibung von zu besetzenden Stellen im StbG überhaupt nicht den Schutz der Öffentlichkeit, sondern jenen der übergangenen Bewerber bezwecken wollte. Dies ist gerade für das StbG wenig überzeugend, denn es ergibt sich der Schutz der Öffentlichkeit nicht nur aus dem Wortlaut und der historischen Interpretation anhand der parlamentarischen Entstehungsgeschichte des Gesetzes, sondern auch unter systematischen Gesichtspunkten, wenn man auch die Verordnungsermächtigung gem § 6 StbG einbezieht, auf deren Basis die Vertragsschablonen-V erlassen wurde, die wohl eindeutig den Gesellschafter „Staat“ und damit das „öffentliche Interesse“ bzw die Allgemeinheit und nicht das Organ, mit dem der Vertrag abgeschlossen wird, schützen soll. Der Schutzzweck hat seinen Ausgangspunkt darin, dass die Bewerberauswahl abseits politischer Interessen, ausschließlich nach fachlichen Gesichtspunkten erfolgen soll. Nur die mit einer Ausschreibung verbundene Transparenz vermag diese Ziele nicht zuletzt unter Beobachtung der Medien sicherzustellen. Hinzu kommt, dass Geschäftsführungsorgane aus einem möglichst umfassenden Kandidatenkreis bestellt werden sollen. Mit dieser Ausschreibungspflicht werden daher zunächst unmittelbar die zumindest zu erheblichen Teilen im Eigentum von Gebietskörperschaften stehenden betroffenen Gesellschaften und deren Gesellschafter geschützt. Der tragende Grund für diesen besonderen Schutz sind im Ergebnis deren finanziellen Mittel, die im Kern idR aus Steuereinnahmen stammen. Sie sollen bestmöglich geschützt werden. Schutzobjekt ist die betroffene Gesellschaft bzw (mittelbar) die beteiligten Gesellschaften. Zweck des Gesetzes ist es entgegen dem OGH jedoch nicht, den abgewiesenen, aber geeigneteren Bewerbern die von ihnen angestrebte Position zu verschaffen. Es wäre meines Erachtens nicht einzusehen, warum potenzielle Bewerber um die Geschäftsführung rechnungs-

26) Löschnigg, Anm zu OGH 14. 10. 2008, 8 ObA 1/08t, DRdA 2010, 309.

27) Vgl Löschnigg, Anm zu OGH 25. 11. 2011 zu 9 ObA 76/11h, DRdA 2013/5.

28) Der OGH lässt diese Frage offen.

hofgeprüfter Gesellschaften besser geschützt sein sollen als jene Bewerber, die einer privaten Gesellschafter- bzw Aktionärsstruktur gegenüberstehen.

Blickt man weiters auf die Entscheidungen des OGH, fällt auf, dass sie allesamt gleich aufgebaut sind. Man findet zunächst in vielen Entscheidungen folgenden „Textbaustein“: *„Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nicht nur dann als nichtig anzusehen, wenn diese Rechtsfolge ausdrücklich normiert ist, sondern auch dann, wenn der Verbotszweck die Ungültigkeit des Geschäftes notwendig verlangt. Bei Verstößen gegen Gesetze, die dem Schutz von Allgemeininteressen, der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit dienen, ist die Rechtsfolge der Nichtigkeit eine absolute. Sie ist von Amts wegen wahrzunehmen und hat die Nichtigkeit des gesamten Geschäftes zur Folge“*²⁹⁾ und im Anschluss daran, jeweils ohne nähere Auseinandersetzung oder Differenzierung, die knappe Wertung, ob ein Interesse der Allgemeinheit die Nichtigkeit verlangt oder nicht. Dazu ein paar Beispiele: Absolute Nichtigkeit im öffentlichen Interesse ist erforderlich, wenn ein deutscher Staatsbürger unter Missachtung des Tiroler Grundverkehrsgesetzes durch einen österreichischen Strohmann eine Eigentumswohnung erwirbt.³⁰⁾ Also ist es dem OGH wesentlich, dass Tiroler Land nicht ohne weiteres in deutsche (oder sonstige nicht österreichische) Hände fällt. Dies gilt auch, wenn ein Arbeitgeber der Belegschaft in einem Sozialplan übergebührende Leistungen zubilligt, wenn bereits im Abschlusszeitpunkt damit gerechnet werden musste, dass diese Leistungen aufgrund baldiger Insolvenz des Arbeitgebers vom Insolvenzentgeltfonds zu tragen sein würden.³¹⁾ Hier soll der Insolvenzentgeltfonds geschützt werden bzw mittelbar die diesen finanzierenden Arbeitgeber. Letzten Endes sollen diese davor geschützt werden, dass ihre auf gesetzlicher Basis eingehobenen Pflichtbeiträge ordnungsgemäß verwendet werden. Weiters fordert das Allgemeininteresse die absolute Nichtigkeit einer Vereinbarung, nach der jemand zum Schein als gewerberechtlicher Geschäftsführer beschäftigt und zur Sozialversicherung angemeldet werden soll, obwohl er keinerlei Arbeitsleistung erbringt.³²⁾ Hier geht es um den Schutz der Solidargemeinschaft der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die gemeinsam die soziale Absicherung all jener finanzieren, die in der spezifischen persönlichen Abhängigkeit des Arbeitsrechts für Arbeitgeber tätig sind. Aus diesem Topf soll niemand Leistungen beziehen, der diese Kriterien nicht erfüllt. Ein „Darlehen“ eines Rechtsanwaltsanwärters an seinen Rechtsanwalt, das im untrennbaren Zusammenhang mit einer zunächst „stillen“ und dann – nach Erreichung der Eintragungsfähigkeit geplanten – offiziellen Beteiligung an einer geplanten Gesellschaft steht, verstößt gegen § 36 RL-BA 1977 und ist somit nichtig.³³⁾ Da die verletzte Norm nicht nur Interessen der Rechtsanwaltschaft sondern auch allgemeine Interessen, nämlich das Interesse potenzieller Klienten an einem fachlich befähigten und wirtschaftlich selbständig agierenden Rechtsanwalt, schützen will, handelt es sich um eine absolute Nichtigkeit.

29) OGH 7. 8. 2003, 8 Ob 174/02z; 23. 12. 1998, 9 ObA 338/98s DRdA 1999, 231; 28. 3. 1979, 3 Ob 522/78 SZ 52/52.

30) OGH 12. 11. 1987, 7 Ob 669/87.

31) OGH 16. 11. 1988, 9 Ob 902/88.

32) OGH 20. 1. 1999, 9 ObA 338/98s.

33) OGH 5. 4. 2000, 9 ObA 80/00f.

Dass hier die Nichtigkeitssanktion unbedingt notwendig sein soll, erschließt sich nicht auf den ersten Blick, geht es doch den Klienten um eine lege-artis-Vertretung bzw -Beratung, die durch eine derartige, wenngleich auch ungewöhnliche Konstruktion nicht gefährdet sein muss. Auch eine Vereinbarung zwischen der Gewerkschaft und dem Arbeitgeber, nach der ein Betriebsratsmitglied „analog zu § 117 ArbVG“ für Gewerkschaftstätigkeiten freigestellt werden soll, läuft Allgemeininteressen derart zuwider, dass diese Vereinbarung absolut nichtig ist.³⁴⁾ Tragendes Argument ist der Anspruch der Belegschaft auf eine unbeeinflusste Interessenvertretung. Der OGH war sogar der Meinung, dass eine Vereinbarung, nach der die Tochter ihrem Vater eine Trafik unter Missachtung des § 36 Abs 6 TabMG überlassen sollte, dem Schutz von Allgemeininteressen zuwiderlaufen würde und erklärte diese daher für absolut nichtig. Er begründete seine Entscheidung damit, dass die zwischen den Streitparteien vorgenommene Verpachtung eklatant gegen den Bestellungsmechanismus verstoßen und dieser dazu dienen würde, eine konkrete – nach dem von der Besetzungskommission nach dem Maß der Bedürftigkeit und den besonderen Umständen des Einzelfalls auszuwählende – Person auszuwählen.³⁵⁾ Hier steckt wohl das Interesse dahinter, dass ausschließlich behinderte Bewerber zum Zug kommen sollen und dies nur dann sichergestellt werden kann, wenn Verträge, die diesen Zweck vereiteln, unwirksam sind.

Überblickt man diese Entscheidungen und fasst man sie zusammen, dann erkennt man eine wesentliche Gemeinsamkeit, nämlich den Schutz knapper Ressourcen und den Schutz „öffentlichen Vermögens“ bzw den Schutz jener Personen, die diese knappen Ressourcen zur Verfügung stellen. Dieser Schutzzweck ist mE auch bei Universitäten und Unternehmen, die der Rechnungshofkontrolle unterliegen, ohne Zweifel gegeben. Die Leitungsfunktionen der „öffentlichen“ Unternehmungen sowie der Arbeitsplätze an Universitäten sollen mit den geeignetsten und fähigsten Personen besetzt und unsachliche – im Anwendungsbereich des StbG parteipolitische – Motive bei der Stellenbesetzung hintangehalten werden. Hinzu tritt, dass die Mittel zur Finanzierung der Universitäten immer knapper werden bzw die Gebietskörperschaften als Gesellschafter und Aktionäre für ihre Budgets die Erfolge ihrer Unternehmen unter finanziellen Aspekten dringend benötigen. Man darf daher die Ausschreibungsverpflichtung nicht nur auf das Gebot der Transparenz beschränken, welches einen wichtigen Teilaspekt abdeckt. Man muss in die Überlegungen ebenfalls einbeziehen, dass die immer knapper werdenden finanziellen Ressourcen bestmöglich genutzt werden. Dies gilt an den Universitäten nicht nur für die Gruppe der Universitätsprofessoren, die im Wesentlichen die Spitzenforschung repräsentieren, sondern auch für den wissenschaftlichen Nachwuchs, der das Zukunftspotenzial der Universitäten repräsentiert. Aus dieser Gruppe von Wissenschaftlern wird nämlich (zukünftig) die nächste Generation an Universitätsprofessoren ausgewählt. Auch unter diesem Aspekt kann man gut vertreten, dass zumindest im Bereich des wissenschaftlichen Personals an Universitäten und im Bereich der obersten Organe

34) OGH 19. 3. 2013, 9 ObA 193/12t.

35) OGH 28. 3. 2014, 2 Ob 29/14z.

staatsnaher Unternehmungen ein Interesse der Allgemeinheit besteht, bei sonstiger Nichtigkeit eine Ausschreibung stattfinden zu lassen.

Dass man auch ohne Ausschreibung die geeignetsten Bewerber finden kann, ist richtig, jedoch angesichts der voranschreitenden Internationalisierung (potenzieller Bewerber) immer unwahrscheinlicher. Ein Schutz der betroffenen Arbeitnehmer ist hingegen nicht erforderlich, da durch einen Blick in die Zeitung bzw in das Intranet jederzeit leicht überprüft werden kann, ob eine Ausschreibung stattgefunden hat oder nicht. Arbeitnehmer werden daher nicht von einer allfälligen Nichtigkeit ihres Vertrags überrascht, wenn keine Ausschreibung stattgefunden hat.

Intellectual Property & Öffentliches Recht

